

El Derecho de asilo en España: estudio jurisprudencial sobre su posible otorgamiento a los perseguidos por “las maras centroamericanas”

Asylum right in Spain: a judicial study about the eventual admission of refugees persecuted by “central american maras”

Dr. Manuel ESTEPA MONTERO
Universidad Complutense de Madrid
mestepa@ucm.es

Resumen: El derecho de asilo constituye un elemento central en nuestros días para la vigencia de los derechos fundamentales en la comunidad internacional. Dentro de su ámbito, uno de los fenómenos más recientes viene determinado por el recurso a dicha institución por parte de quienes se trasladan a España procedentes del área centroamericana alegando su condición de perseguidos por las maras de aquellos países.

Las características propias del régimen del asilo y la protección subsidiaria aparecen entonces en toda su virtualidad ya que la petición instada cuenta con la dificultad de apoyarse, las más de las veces, en un relato de persecución procedente de personas distintas a las autoridades estatales. Encontrándose, a su vez, fundamentada en una motivación relacionada con el crimen organizado y, por lo tanto, en principio, ajena a la Institución de asilo. Añadiéndose a lo anterior las dificultades probatorias de quien se encuentra amenazado por agentes de organizaciones clandestinas. La regulación legal del asilo, no obstante, permite entroncar las peticiones de esta clase con el fundamento de la institución. Lo que, en última instancia, hace depender su reconocimiento de la acreditación por el peticionario de una actitud de pasividad, cuando no de connivencia, con la actividad delictiva por parte de las fuerzas de seguridad y de los responsables estatales de los países de origen.

Abstract: Nowadays, asylum right represents a central element for human rights validity. As part of it, the applications of those who come to Spain from Central America pleading be victims of “*maras activity*” constitutes one of the most recent phenomenon about this legal institution.

Own characteristics of asylum regulation and subsidiary protection turn up in its entire virtuality as the submitted application takes in account the difficulty that represent to be founded, most of times, in a prosecution story coming from people non linked with governamental structures. Asylum petition, simultaneously, is established in a motivation link with criminal organizations and, therefore, aside from asylum institution. Adding to previous arguments, the proof difficulties of the one who is threatened by clandestines gangs. Asylum legal regulation, nevertheless, allows link these tipe of applications with the really basis of the institution. The recognition of the petition depends, in the end, of the inquiry activity displayed by the applicant for evidencing a passive attitude from state security forces and governamental authorities of their own nationality.

Palabras clave: derechos fundamentales, derecho de asilo, maras, actividad probatoria, persecución por parte de agentes no estatales.

Keywords: human rights, asylum right, maras, proof activity, non-state agents persecutors, passive attitude.

Sumario:

- I. Planteamiento general que cabe hacer en nuestro Ordenamiento Jurídico a propósito del derecho de asilo de los perseguidos por organizaciones criminales.**
- II. Las razones de la denegación mayoritaria de las peticiones formuladas:**
 - 2.1. *Falta de cumplimiento de las exigencias que para otorgar el asilo se recogen en la Ley 12/2009, de 30 de octubre.*
 - 2.2. *El núcleo del razonamiento específico para la desestimación del derecho de asilo de las peticiones formuladas en relación con la persecución de las maras.*
 - 2.3. *La doctrina del Tribunal Supremo que perfila la aplicabilidad del principio de protección prioritaria por el país de origen.*
- III. Conclusiones.**

Recibido: septiembre 2016.

Aceptado: noviembre 2016.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL QUE CABE HACER EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL DERECHO DE ASILO DE LOS PERSEGUIDOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES

En el examen de las peticiones de asilo instadas en España en relación con eventuales persecuciones sufridas por los demandantes de asilo provenientes de las pandillas criminales centroamericanas conocidas como «maras» (tales como la MS 13 o Mara Salvatruchas, Barrio 18, los Ñetas, los Trinitarios), muy extendidas en países como El Salvador, Honduras, Guatemala o Nicaragua, ha de partirse, como no podía ser de otro modo, del esquema general regulador de la vigente Ley de Asilo para ir concretando, con posterioridad, cuáles son las especificidades que ofrecen esta clase de peticiones.

A este respecto, cabe recordar que tanto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, así como el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967, pretenden garantizar a aquellas personas consideradas refugiados la posibilidad de residir y trabajar en el país de acogida de modo digno, con pleno reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales y a resguardo del riesgo que supondría una eventual devolución al lugar de procedencia. Un régimen del que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, apartado A.2 del Estatuto, son potenciales beneficiarias todas las personas que padezcan fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no quieran acogerse a la protección de su país de origen.

En el ámbito nacional, el artículo 13.4 de la Constitución Española, por su parte, reconoce el derecho de asilo, al disponer que «la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Habiendo aclarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/2002, de 27 de febrero, el alcance del citado precepto artículo, delimitando cuál es el estatuto constitucional del peticionario de asilo. Así en concreto afirma que, si bien es cierto que el artículo 13.4 CE reconoce el

derecho de asilo, también debe subrayarse que la citada disposición constitucional remite al legislador ordinario los “términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Encontrándonos, por consiguiente, ante una remisión al Legislador ordinario para configurar cuál sea el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España.

Pero, de otro lado, interesa destacar como, al resultar dicho precepto ubicado fuera del Capítulo II del Título I sobre «Derechos y Libertades» de la Constitución, no puede atribuirse a lo en él prescrito el carácter propio de un derecho fundamental. Se trata por el contrario de una apelación o llamada que realiza el Constituyente para que el Poder legislativo proceda a abordar una regulación completa de quienes formulan la correspondiente petición de asilo buscando la protección debida dentro de nuestras fronteras. De manera que sea la Ley la que establezca cuál es el estatuto aplicable a los refugiados y la que deberá prever los procedimientos para alcanzar, en su caso, dicha condición. Una ley que deberá asimismo integrarse en el conjunto del Ordenamiento jurídico vigente respetando tanto los principios y valores constitucionales como el conjunto de los derechos y libertades públicas. En relación con estos últimos, se plantea con especial intensidad la cuestión relativa a la determinación de los términos en los que los aspirantes a obtener la protección internacional disfrutaran de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 17 y 19 CE, dada su especial vinculación con la formulación de peticiones de este carácter, teniendo en cuenta las dificultades que padecen los solicitantes durante el período previo a la resolución de su instancia.

A este respecto, conviene resaltar, en primer término, que el peticionario extranjero sólo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España (art. 19 CE) en los términos que disponen los Tratados y la Ley (art. 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social). Tal y como viene manteniendo la jurisprudencia constitucional (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, F. 3; 86/1996, de 21 de mayo, F. 2; 174/1999, de 27 de septiembre, F. 4).

Pero además, en segundo lugar, conviene recordar cómo, una vez solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida; suspendiéndose además los efectos de una eventual decisión en un proceso de extradición (art. 19.1 y 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, en adelante LRDA). Pudiendo formularse y tramitarse las correspondientes peticiones incluso en los puestos

fronterizos (art. 21 LRDA), supuesto en el que el extranjero solicitante padece una situación de especial sujeción y vulnerabilidad respecto de las autoridades que ha de hacerse compatible con el respeto a los derechos fundamentales. Razón por la cual los reclamantes de asilo gozan del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas (STC 115/1987, de 7 de julio, F. 1). De manera que, a la espera de que se resuelva su petición, disfrutan de la opción de abandonar el correspondiente puesto fronterizo, si bien, claro está, sólo para regresar al lugar de procedencia (STC 21/1997, de 10 de febrero, F. 3).

Continuando ya con el plano legal concreto ordenador del Derecho de Asilo en España, el Preámbulo de la Ley de Asilo expone el designio del Legislador al regular el derecho de asilo, con el objeto de adecuar nuestra legislación con la política europea en la materia, en los siguientes términos:

«Transcurridos más de catorce años desde esta primera modificación [se refiere a la modificación de la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de noviembre, por la Ley 9/1994, 19 de mayo], se ha desarrollado una política europea de asilo, que arranca con el Tratado de Ámsterdam de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante los oportunos cambios legislativos que, en algunos casos, son de gran entidad.

De entre estas normas destacan, por afectar al núcleo de todo sistema de asilo, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados¹.

De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los Estados miembros tienen competencia para introducir o mantener

¹ PARLAMENTO EUROPEO, *La política de asilo*, Fichas técnicas, 2016, p. 3; www.europarl.europa.eu, ofrece una relación completa de la normativa vigente de la Unión Europea en relación con la Institución del Derecho de Asilo en el ámbito de los Estado miembros.

disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias que con la presente Ley se transponen.

La transposición de esta legislación de la Unión Europea supone la total acogida en nuestro ordenamiento de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, tal y como se recoge en las Conclusiones de Tampere de 1999 y se ratifica en el Programa de La Haya de 2004, pues contiene las bases para la constitución de un completo régimen de protección internacional garante de los derechos fundamentales, partiendo de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el estatuto de los refugiados como piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas».

A partir de este planteamiento legal de recepción y aplicación efectiva de todo el Derecho comunitario relativo al derecho de asilo -permanente renovado en los últimos años-, el artículo 3 de la LRDA, de conformidad con las causas que se contienen en el artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra de 29 de julio de 1951, prevé como presupuesto de hecho necesario para su otorgamiento el que la persona solicitante «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9».

La acreditación de la concurrencia de las diversas causas que determina el otorgamiento del derecho de asilo, en cualquier caso, habrá de realizarse de acuerdo con el elenco de criterios que aporta el artículo 7 LRDA. Debiendo de tenerse en cuenta que el artículo 6 exige que los actos de persecución que se aleguen y a los que da lugar el «fundado temor» que el peticionario dice padecer, deberán ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales. Resolviéndose favorablemente las peticiones formuladas cuando aparezcan indicios suficientes de que concurren las causas que determinan el otorgamiento del citado derecho, tal y como prescribe el artículo 26.2 LRDA (antiguo

artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de noviembre). No procediendo el reconocimiento en caso contrario, esto es, cuando la petición formulada carezca de cualquier elemento de prueba, aunque sea a nivel indiciario o indirecto, de la realidad de los hechos que se describen en el relato de persecución.

Partiendo de este cúmulo de exigencias y condicionamientos legales, no resulta difícil prever que, en la mayoría de los casos relativos a las solicitudes fundadas en el temor que provocan las maras centroamericanas, la jurisprudencia que ha tratado el tema (v.gr., Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero, FJ 1, y 10 de abril de 2.014, Ar. 1151 y 2872, FJ 1º; Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2012, Ar. 911/2013, FJ 5º, Ar. 318/2016, de 20 de mayo Ar. 134384, FJ. 3º), coincidiendo con el informe de la Instrucción que obra en el correspondiente expediente de asilo tramitado por la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, concluye que no concurre el presupuesto de persecución por motivos políticos, en los términos del artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, al constar únicamente indicios de haber sido objeto de amenazas y extorsiones por miembros de organizaciones de delincuentes comunes, que no son determinantes para reconocer el derecho de asilo.

II. LAS RAZONES DE LA DENEGACIÓN MAYORITARIA DE LAS PETICIONES FORMULADAS

2.1. *Falta de cumplimiento de las exigencias para otorgar el asilo recogidas en la Ley 12/2009, de 30 de octubre*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (v. gr., Sentencias de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 abril de 2015, Ar. 3534, FJ 2º; o de 15 de febrero de 2016, Ar. 111, FJ 1º; recogiendo, en parte, las declaraciones más sustanciales de las respectivas Sentencias de instancia, esto es, de las Sentencias de la Sección 2ª de la Sala competente de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2015; y de 18 de junio de 2015) mantiene una orientación constante en cuanto a la apreciación de los hechos narrados que suelen estar en la base de las solicitudes de asilo por parte de nacionales de los Estados centroamericanos. Un relato centrado fundamentalmente en haber sido extorsionados económicamente, ellos y/o sus familiares, por los integrantes de las bandas criminales; cuando no amenazados con sufrir lesiones o con la muerte; o incluso directamente agredidos o violentados por los miembros de las maras, que conduce a la denegación del asilo solicitado que se fundamenta propiamente en la inexistencia de persecución en los acontecimientos alegados. Para ello, la «*posición común*» que cabe apreciar consiste en afirmar que la denegación de la instancia formulada se apoya en lo dispuesto en los

artículos 2 y 3 de la Convención de Ginebra de 1.951. Lo que, a su vez, lleva a respaldar que la Administración concluya que no concurren las circunstancias previstas en los citados artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados ni se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4 y 10 de la propia Ley para el reconocimiento del derecho a la protección subsidiaria.

Más en concreto, se parte de un análisis del «*relato-tipo de la persecución sufrida por el demandante de asilo*»: El solicitante se encuentra perseguido de manera implacable por una mara que le impide llevar una vida normal en su país. En el cuál, además, no se dan las mínimas condiciones de seguridad para que pueda permanecer en él ante la incapacidad de los respectivos Gobiernos nacionales para atajar la actividad de las referidas bandas criminales así como la extensión de las mismas por todo el territorio. Estando, además, coordinadas entre ellas. De manera que carece de sentido el desplazamiento de las víctimas a zonas seguras por la sencilla razón de que no existen. Así el estudio jurídico de las circunstancias aludidas que, con el añadido de otros datos más concretos relativos a la trayectoria personal del solicitante (localidad concreta, actividad económica a la que se dedicaba o composición de su unidad familiar), lleva a explicitar los siguientes argumentos jurídicos que, en la gran mayoría de los casos, avalan una denegación de la petición formulada.

Así, las razones que conducen a la desestimación sistemática de las peticiones formuladas, pese a que en la demanda se alega la concurrencia de las condiciones para la obtención del reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo de la recurrente, se acomodan a un análisis, según el cual, de la documentación obrante en el expediente y de la prueba practicada en este procedimiento no resulta acreditado, aun de forma indiciaria, que el solicitante de asilo hubiera sido objeto de represalia o ataque por parte de las fuerzas de seguridad o armadas de su país, en el sentido alegado. Y lo anterior por cuanto:

1) Los acontecimientos relatados por el recurrente no constituyen una persecución por las autoridades gubernamentales centradas en la persona o familia del solicitante; por lo que el hecho que motivó su salida del país no deriva de cualquiera de los motivos previstos por las normas internacionales y nacionales de asilo para conceder dicha protección internacional, sino que se apoya en una determinación del peticionario exenta del empleo por agentes del Estado del ejercicio de violencia física o psíquica sufrida en la persona del solicitante.

2) No acredita en forma alguna, aunque sea a nivel indiciario, la certeza de los hechos en los que el solicitante sustenta su alegato, tanto de las

amenazas procedentes de la mara en cuestión, como de las actuaciones policiales y judiciales que menciona.

3) No prueba documentalmente que hubiera denunciado a las Autoridades de su país los sucesos alegados en su petición de asilo, de los que resultara la pasividad de dichas Autoridades para perseguir los delitos que vendría padeciendo como víctima.

Razones por las cuales, la Sala competente de la Audiencia Nacional primero (entre otras, Sentencias de 6 de julio de 2011 y 5 de octubre de 2011; 1 de julio de 2013, Ar. 244836; así como de 12 y 18 de junio de 2015), y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo después (Sentencias de 27 abril de 2015 o de 15 de febrero de 2016) entienden que los hechos narrados por los recurrentes no constituyen actos de persecución en los términos previstos en los artículos 3, 6 y 7 de la LRDA ni se insertan tampoco en el artículo 4 del mismo cuerpo legal, pues se tratan, de ser ciertos, de actos de naturaleza criminal cometidos por personas que actúan al margen de la ley, sin que conste que las autoridades del país de origen promuevan, protejan o se mantengan al margen de tales actividades.

A propósito de **la falta de acreditación por parte del recurrente, aunque fuera indiciaria, de los hechos alegados**, la Jurisprudencia destaca (v.gr. en las SSTS, Sala 3ª, de 2 de enero y 16 febrero 2009 (Ar. 466 y 1242) como la Directiva europea 83/2004, de 29 abril, *«sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida»* (sustituida en la actualidad por la nueva Directiva UE 1995/2011, del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre, pero con idéntica regulación en este punto), en su artículo 4.5 dispone que «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición; b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes; c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante».

De lo cual se deduce, directamente, que el recurrente en su demanda de asilo no cumplió las exigencias de acreditación de sus alegaciones recogidas en la normativa comunitaria. De manera que, con carácter previo, y antes de entrar el Órgano judicial en el debate de si el relato cumple en abstracto los requisitos legales para ser atendido dentro de la normativa de asilo, se suele alzar en la mayoría de los casos el obstáculo de la prueba, aunque sea indiciaria o indirecta de los hechos que se ponen de manifiesto. Y lo anterior, por la evidente regla de que, lo contrario, llevaría a la admisión automática de todas las demandas de asilo que “en su mera literalidad” fueran subsumibles en las circunstancias previstas en el artículo 3 de la Ley de asilo.

2.2. El núcleo del razonamiento específico para la desestimación del derecho de asilo de las peticiones formuladas en relación con la persecución de las maras

Como he destacado en la letra anterior, la jurisprudencia examinada entiende de modo mayoritario que, en relación con las solicitudes presentadas, los hechos descritos en los que sustenta su alegato no derivan de una persecución por las autoridades gubernamentales centradas en la persona o familia del solicitante, por lo que la circunstancia determinante de su salida del país no descansa en cualquiera de los motivos previstos por las normas internacionales y nacionales de asilo para conceder dicha protección internacional, sino en una decisión personal exenta de ejercicio de violencia física o psíquica sufrida en la persona del solicitante. Razonamiento al que se añade aquél, según el cual, no se habría acreditado documentalmente que hubiera puesto en conocimiento de las Autoridades nacionales los hechos denunciados, de los que resultara la pasividad de dichas Autoridades Centroamericanas para perseguir los delitos denunciados.

Pues bien, la Sentencia de 24 de febrero de 2014 (Ar. 1151) en su FJ. 1º, destaca lo que podría identificarse como el “*núcleo del razonamiento específico*” para la desestimación del derecho de asilo de las peticiones formuladas en relación con la persecución de las maras, que vendría constituido por el dato de constituir un organización criminal ajena a la estructura del Estado del que son nacionales los solicitantes de asilo. A este respecto mantiene que cuando los actos de persecución fueran atribuidos a agentes no estatales, será preciso justificar la pasividad o imposibilidad de tutela por las Autoridades del país de que se trate. Y ello por cuanto, aun cuando existiera en efecto aquella persecución, la ley española impide acceder al derecho de asilo si las Autoridades de su país están en condiciones de dispensar la pertinente protección al solicitante.

El fundamento de dicho razonamiento se encuentra, en definitiva, en que aun cuando el artículo 13 de la Ley 12/2009 prevé, como posibles sujetos perseguidores, los agentes no estatales, sólo otorga cauce para el asilo en estos casos cuando las autoridades estatales o las organizaciones internacionales no puedan o no quieran proporcionar al interesado una protección efectiva. De lo cual se desprende *un evidente principio de obligación prioritaria de protección por parte de las Autoridades del país de origen del solicitante de asilo*. De manera que sólo procederá, en esos casos, el otorgamiento de asilo cuando conste la incapacidad o la pasividad de las Autoridades de origen.

Debiendo añadirse a lo anterior que, según lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley de Asilo, como regla general, se entiende que existe protección suficiente cuando las Autoridades del país «adopten medidas razonables y efectivas para impedir la persecución o el padecimiento de daños graves, tales como el establecimiento de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o daños graves, siempre y cuando solicitante tenga acceso a dicha protección».

Llegando a la conclusión de que, en la práctica totalidad de los casos examinados, no existe, en relación con ambos requisitos, razón ni prueba para concluir que se dé la aludida actitud de pasividad en las Autoridades nacionales o que esas garantías o esfuerzos no existan en el país del recurrente.

En este punto, conviene recordar cómo, ya con anterioridad a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoció la posibilidad de otorgar asilo a las solicitudes fundadas en la persecución de agentes distintos de Estado de origen. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2006 (Ar. 423) mantuvo que "la invocación en la solicitud de asilo de una situación que se dice de persecución por motivos protegibles, procedente de sectores sociales, cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las Autoridades del país o frente a las que esas Autoridades se muestren inactivas, podrá considerarse encajable entre los motivos legales justificables del asilo, y, por tanto, podrá fundamentar la admisión a trámite del expediente, si en el relato expuesto en la solicitud de asilo se alude expresamente a esa situación de pasividad de la autoridad". Por esta misma razón, la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (Ar. 7327), referida a la situación de Ucrania, incluyó dentro del ámbito de la protección internacional a una **nacional de Ucrania** que había justificado suficientemente ser víctima de una persecución a cargo de bandas mafiosas que, de hecho, ocupaban el lugar del Estado, al tener muchas ramificaciones e intereses en el poder, creando una tupida red de intereses de tal manera que resultaba difícil distinguir dónde comenzaba la actividad del Estado y dónde empezaba la

actividad de la mafia. En términos similares, y partiendo del mismo razonamiento, las Sentencias del Tribunal Supremo 2 de enero (Ar. 466) y 16 de febrero de 2009 (Ar. 242) reconocieron el derecho de asilo para los perseguidos por **grupos paramilitares colombianos**, apoyándose tales decisiones en la "tolerancia, apoyo, complicidad e incluso coordinación de los servidores públicos con los paramilitares en Colombia".

A lo anterior ha de añadirse que la vigencia en nuestro país del referido *«principio de protección prioritaria por el Estado de origen»* es, por otra parte, transposición de lo dispuesto en el artículo 8 de la ya citada Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril (sustituída en la actualidad por la nueva Directiva UE 1995/2011, del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre), según el cual, al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que un solicitante no necesita protección internacional "si en una parte de su país de origen" no hay fundados temores a ser perseguido o un riesgo real de sufrir daños graves, y si es razonable esperar que el solicitante se queden en esa parte del país. De manera que resulta obligado, además de acreditar que no concurre pasividad o falta de actividad gubernamental para luchar contra la situación descrita, que el interesado no puede remediar los peligros que le acechan mediante su traslado dentro del país a otra zonas más seguras.

Pero es en relación con este punto, dónde **radica la mayor dificultad para el reconocimiento** del Derecho de asilo en los casos examinados, si atendemos a una abundante jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (v.gr., Sentencias de la Sección 8ª de 6 de julio de 2011, Ar. 256040; 05 de octubre de 211, Ar. 385696; 28 de marzo de 2012, Ar. 127946; 27 de mayo de 2013, Ar. 193701; y 3 de marzo de 2014, Ar. 88617). Dicha posición jurisprudencial mantiene, a pesar de eventuales pruebas periciales sobre la situación del país de origen (como puede ser un informe del Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas) que se trata en la mayoría de los casos de hechos que, de ser ciertos, constituirían actos de naturaleza criminal cometidos por personas que actúan al margen de la ley, sin que conste que las autoridades nacionales -salvadoreñas en los casos referenciados- promuevan, protejan o se mantengan al margen de tales actividades.

Se considera, por lo demás, injusto y contrario a las reglas de la buena fe (v.gr., Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2014, Ar. 2872, FJ 1º, recogiendo los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Nacional de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013, Ar. 133431), que la demanda en cuestión denuncie cierta manipulación de los hechos por

parte de la Administración española en cuanto al manejo de información actual acerca del fenómeno de las *maras* en el país centroamericano -El Salvador en el caso citado-, pues, al margen de toda otra consideración al respecto, se recuerda que ya la Sala competente de la Audiencia Nacional se ha pronunciado, en diversas sentencias, en relación con las demandas de asilo basadas en persecuciones procedentes de estas pandillas criminales. Siendo así que, en las Sentencias de la Sección 8ª de 10 de 28 de mayo de 2012 (Ar. 195076) y 25 de enero de 2013 (Ar. 54773), en las que se deniegan sendas peticiones de asilo procedentes de quienes afirman ser perseguidos por las *maras*, se afirma que no cabe establecer **“como un hecho notorio y no necesitado de prueba, tal como ahora se sugiere en la demanda, que el Estado salvadoreño se vea imposibilitado para hacer frente a esta delincuencia común generalizada”**. Con lo que partiendo de una consideración generalizada de que los países Centroamericanos (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá) dedican buena parte de sus esfuerzos a intentar combatir la realidad de las *maras* en sus respectivos territorios, resulta del todo punto infundado el formular un alegato que tenga como argumento la pasividad o falta de actividad de las Autoridades nacionales en combatir el fenómeno criminal que se encuentra en el origen de la persecución alegada por el solicitante de asilo.

2.3. La doctrina del Tribunal Supremo que perfila la aplicabilidad del principio de protección prioritaria por el país de origen

Pues bien, entre las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo que abordan la cuestión suscitada interesa destacar, por su carácter clarificador de la doctrina previa, la argumentación que se deduce de la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2016, Ar. 1176 , FJ 2º, para la que resulta imprescindible recordar, en relación con la problemática examinada, el informe del ACNUR del año 2012 sobre la situación existente en Centroamérica en relación con la problemática de las organizaciones denominadas «las *maras*» titulado **«*Diagnóstico sobre el Desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de Violencia y Criminalidad en Centroamérica*»**². En el referido documento se describe cuál es el panorama y el cuadro de actividades de «las *maras*» así como la situación general de desamparo que provoca en los ciudadanos la falta de garantías ofrecidas por las Autoridades estatales. En concreto, se indica que:

² CENTRO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES (CIDEHUM) «*Diagnóstico sobre el Desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de Violencia y Criminalidad en Centroamérica*», realizado a petición de UNHR/ ACNUR, Agencia de la ONU para los Refugiados, mayo de 2012, 61 pp., www.acnur.org.

«La atención a la situación de crisis de derechos humanos provocada por el Crimen Organizado se está desviando a un asunto de gestión migratoria administrativa por parte de los Estados receptores³. En general, se presume que las víctimas son migrantes socio económicos o que huyen de situaciones generadas por delincuencia común.⁴ No obstante lo anterior, se pudo constatar que las autoridades de los 8 países del triángulo norte reconocen la necesidad de protección internacional de sus propios ciudadanos cuando éstos manifiestan su intención de abandonar el país o cruzan una frontera internacional a causa del accionar del Crimen Organizado, y que muchos de los casos que buscan protección en el exterior son referidos y canalizados por sus propias autoridades consulares a las instancias nacionales encargadas de la determinación de la condición de refugiados en los países receptores.

En algunas solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, las autoridades de los Estados receptores no están considerando el Crimen Organizado como agente de persecución, sino como un agente delincencial común que actúa en los países de origen.

En otros casos en los que sí se considera el Crimen Organizado como agente de persecución se ve al mismo tiempo como delincuencia común nacional o local, invisibilizando o desconociendo su carácter de Crimen Organizado Transnacional, lo que a su vez incide en su combate y erradicación. Tampoco se entiende de manera clara la vinculación entre el desplazamiento forzado, la violencia y las violaciones a los derechos humanos generadas por el accionar del Crimen organizado».

³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *¿Hogar dulce hogar? El papel de Honduras, Guatemala y el Salvador en la creciente crisis de refugiados*, AMR 01/4865/2016, 14 de octubre de 2016; www.amnesty.org. Alerta que las bandas (“maras”) y la delincuencia organizada han convertido el denominado Triángulo Norte (El Salvador, Honduras y Guatemala) en una de las regiones más peligrosas del mundo. De modo que esta “nueva realidad” habría dado lugar a un importante cambio en los factores de expulsión que afectan a los flujos migratorios en el corredor de migración de Centroamérica-México-Estados Unidos: Así, los altísimos niveles de violencia han provocado que cada vez más personas huyan hacia el norte para salvar la vida. Añadiendo que los Gobiernos del Triángulo Norte se muestran poco dispuestos a reconocer hasta qué punto la creciente violencia ha modificado la migración.

⁴ CRUZ R., *Maras amenazan a centroamericanos que huyen a Guatemala*, *United Nation Human Rights*, 4 de julio de 2016; www.unmultimedia.org. La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados alertó que muchos de los que huyen de la violencia de las pandillas en Centroamérica no pueden escapar de la amenaza de esos grupos aún después de haber cruzado la frontera hacia Guatemala. Así el jefe de la oficina de ACNUR en ese país, Enrique Valles Ramos, señaló que la presencia de esas bandas criminales se extiende más allá de los límites territoriales de un país y ha generado una guerra silenciosa en las tres naciones, Guatemala, Honduras y El Salvador.

De otro lado, resalta como la vigente Ley de Asilo 12/2009 continúa el criterio de la anterior doctrina jurisprudencial forjada a propósito de la Ley 5/1984, pues prevé en su artículo 13 que los agentes de persecución pueden ser, además del Estado, las “organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio”, y los “agentes no estatales, cuando los agentes mencionados en los puntos anteriores, incluidas las organizaciones internacionales, no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves”⁵.

La normativa se acomoda, además, al Derecho de la Unión Europea, concretamente el artículo 6 de la Directiva 2011/195 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, prevé un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y respecto del contenido de la protección concedida. Régimen comunitario sobre este punto que se apoya en la experiencia aportada en el documento titulado las “*Veinte directrices sobre el retorno forzoso*”, adoptadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuya Directriz 2^a, sobre la “*adopción de la orden de expulsión*”⁶, disponía que “*Una orden de expulsión sólo se expedirá cuando las autoridades del Estado de acogida hayan considerado toda la información pertinente de que dispongan, y estén convencidas, por lo que cabe esperar razonablemente, que el cumplimiento o la ejecución de esta orden, no expondrá a la persona cuando sea devuelta a [...] un riesgo real de ser asesinado o sometido a tratos inhumanos o degradantes por parte de agentes no estatales, si las autoridades del estado de retorno, las partes u organizaciones que*

⁵ EQUIPO DE “PROCESO” UCA El Salvador, *Plan “Mano Dura”: violencia estatal contra las maras*, Envío Digital número 258, Universidad Central Americana, septiembre de 2003; www.envio.org. El documento describe el plan que siguió el Gobierno Salvadoreño en 2003 para afrontar el problema social que representaban, ya en aquel año, las pandillas juveniles mediante el recurso a la Fuerza Armadas y la Policía Nacional Civil.

El referido informe detallaba como el Presidente Francisco Flores –del partido en el poder Arena- anunció el 22 de julio de dicho año el Plan “Mano Dura” para combatir a las pandillas juveniles -conocidas como maras- que operaban por todo el país. Similar al plan de su par hondureño, Ricardo Maduro, el plan salvadoreño consistió en un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo a la Asamblea Legislativa y en aquella fecha en trámite de aprobación; en reformas al Código Penal y al Código Procesal Penal endureciendo las penas contra ciertos delitos y facilitando el juzgamiento y encarcelamiento de los jóvenes que fueran detenidos; así como en operativos para capturar a pandilleros por todo el país. Precizando que, ya antes de la aprobación de la iniciativa de ley, comenzaron a desarrollarse estos operativos de búsqueda y captura de pandilleros, en acciones conjuntas de la Policía Nacional Civil (PNC) y de la Fuerza Armada.

⁶ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Las “*Veinte directrices sobre el retorno forzoso*”, (CM 2005 (40)), adoptadas el 4 de mayo de 2005.

controlan el Estado o una parte sustancial del territorio del Estado, incluidas las organizaciones internacionales, no tienen la posibilidad o voluntad de proporcionar una protección adecuada y eficaz”.

Ahora bien, termina razonando el Tribunal Supremo que, aun admitiendo que la persecución que proceda de la actuación de agentes no estatales pueda alcanzar la consideración de una persecución protegible que da lugar a la protección internacional, en todo caso, como se indica en la Sentencia de 19 de diciembre de 2008 (Ar. 8190), *“esta doctrina general debe ser necesariamente puesta en relación con las específicas circunstancias de cada solicitante de asilo, dado el carácter fuertemente casuístico de esta materia”*; por cuanto, sin ningún género de dudas, incluso en los supuestos en que la actividad de persecución sea atribuible a personas que no tengan el carácter de agentes estatales, el dato determinante para proceder al otorgamiento de la protección internacional radica en si puede entenderse suficientemente probada una situación de conformidad, inactividad, desinterés o incapacidad de los responsables públicos en el cumplimiento de sus deberes de indagación de los hechos y la dispensación de protección⁷.

De manera que, cuando el peticionario de asilo invoca una persecución a cargo de bandas, grupos o estructuras no estatales, le corresponderá justificar, al menos de modo indiciario, que la persecución se funda en motivos de persecución protegibles (de conformidad con los artículos 3 y 7 de la Ley de Asilo), y que las Autoridades nacionales se ven incapacitadas o no muestran una voluntad clara de combatir dichas actividades criminales.

III. CONCLUSIONES

Las peticiones de asilo formuladas por nacionales de países en los que se desarrolla el fenómeno de «las maras» apoyan su instancia en la existencia de un fundado temor de persecución procedente de agentes distintos del Estado, reconociendo su carácter criminal y relacionado con el crimen organizado. Circunstancia que, en sí misma, no autoriza el reconocimiento del derecho de asilo y la condición de refugiado.

⁷ PASTOR GÓMEZ, M^a. L., *El Salvador, recrudescimiento de la violencia y ofensiva del Gobierno contra las maras*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 20 de abril de 2016, pp. 1 a 8; www.ieee.es. Destaca el informe que, ante el recrudescimiento de la violencia que se ha producido en 2016, el Gobierno salvadoreño ha puesto en marcha una serie de medidas de excepción. Entre otras, aislar a los líderes mareros encarcelados para evitar que den órdenes al exterior. Habiendo provocado estas medidas que las maras anuncien el cese unilateral de la violencia, lo que ha producido un descenso en la tasa de homicidios. Radicando la incógnita en saber cuánto tiempo durará la tregua unilateral y cuáles serán sus consecuencias a medio plazo.

Pero, además, los solicitantes suelen fundar su petición en la generalización del fenómeno de las maras en sus respectivos países centroamericanos. Hasta el punto de afirmar que no existirían zonas seguras o áreas a las que poder desplazarse por encontrarse bajo la salvaguardia efectiva de las Autoridades del Estado nacional. Añadiendo que las bandas criminales del tipo indicado se encuentran relacionadas de modo permanente entre sí, con fuertes vínculos y ramificaciones en la estructura de los Cuerpos de Seguridad nacionales. De manera que no cabría la denuncia ni el cambio de residencia interno para poder hacer frente al peligro que les amenaza.

Frente a la solicitud-tipo indicada, parece existir un amplio consenso en la jurisprudencia española en el sentido de que se trata en la mayoría de los casos, de hechos que, de ser ciertos, constituirían meros actos de naturaleza criminal cometidos por personas que actúan al margen de la ley. Sin que conste que las Autoridades nacionales promuevan, protejan o se mantengan al margen de tales actividades. Y lo anterior en atención a la información suministrada por las Organizaciones internacionales más solventes en relación con el problema referido y el estado de garantía de los derechos fundamentales en las diferentes partes del mundo.

Finalmente, interesa resaltar que se considera, por lo demás, injusto y contrario a las reglas de la buena fe, que en las demandas respectivas se denuncie cierta manipulación de los hechos por parte de la Administración española en cuanto al manejo de información actual acerca del fenómeno de las *maras* en los países centroamericanos sin que quepa establecer, como un hecho notorio y no necesitado de prueba, tal suele como suele deducirse de los correspondientes escritos de demanda, que el Estado de origen del peticionario de asilo se vea imposibilitado para hacer frente a la delincuencia común generalizada procedente de las maras. Haciendo referencia, con dicho razonamiento, a los continuos esfuerzos que los Estados Centroamericanos (El Salvador, Honduras, Nicaragua y Guatemala principalmente) realizan para intentar combatir la realidad de las maras en sus respectivos territorios. Resultando por consiguiente del todo punto infundado el admitir un alegato basado en un supuesto desinterés o falta de actividad de las Autoridades nacionales en combatir el fenómeno criminal descrito que se encuentra en el origen de la persecución alegada por el solicitante de asilo.

